

# ドイツ民法典における占有権規定の成立過程

— BGB 八五四条について —

中山 秀 登

はじめに

一 第一草案の理由書

二 第二委員会の議事録

三 覚え書き

むすび

## はじめに

筆者は、ドイツ民法典の債務関係の法と所有権について、成立過程を検討したことがある<sup>1)</sup>。そのさい、債務関係の法と所有権とは、次元が異なることを述べた。本稿で論述する占有権は、ドイツ民法典でも、日本民法

典でも、物権の章に入っている。つまり、占有権は、物権の一種である。すでに、指摘されているように、占有権は、物権のなかで、他の物権とは、次元が異なる。以上の視点で、本稿では、ドイツ民法典の占有権規定の成立過程を概観する。

## 一 第一草案の理由書

### 〈占有の定義はない〉

近代の諸立法のなかで、占有の定義を与えることが試みられる（中略）。定義と結びつけられているだろう利益は、明らかである。法律が占有のことについて論じるすべての箇所、その法律は、概念の説明をつうじて補充されるだろう。より厳密な検討のさい、立法の点においては、十分に明白な占有の諸定義の可能性は、疑われなければならない。人々は、占有取得の瞬間に存在しなければならない諸事実を決定しうる。しかし、以上の諸事實は、占有の継続と喪失について立てられうる法諸規範によれば、占有の継続について意味のある諸事実と全然一致しない。睡眠者または精神病者は、たしかに占有を継続することができる。しかし、以上の者は、占有を取得することができない。それゆえ、占有が、どういう風にして継続されて終了するかを、諸定義が、いっしょに完全に明らかにする、というように、人々は、実際また占有を定義することはできない。一つの定義を立てるさいに首尾一貫していることは、以下のことだろう。すなわち、占有の継続と終了にかんする特別な諸規定を度外視すること、そして、この種の諸規定の受け入れをつうじて、与えられた定義の瑕疵あることが認容される、そういう諸規定に従わしめないこと、である。答えられなければならない実務上の問題は常に、ある者は、ある時点または、ある時間に、占有者であったかどうか、である。以上のことは、占有の

取得、継続、そして終了にかんする諸規定が与えられているときに、最も簡単に、そして、最も確実に答えられうる。その他の点では、占有取得のことについて論じられることをつうじて、占有は、主観的意味での法とは見なされない。事実上の継続した関係ではあるが、しかし、継続の点で、開始とは異なっている具体化された関係、が依然として残っている。ローマ法以来、占有の取得について、占有意思の、物にたいする事実上の支配との重なり、体素と心素が要求される<sup>(2)</sup>。

〈a 物にたいする事実上の支配〉

1. 物にたいする事実上の支配。以上の要素が存在する人は、草案のなかで、所持者 (Inhaber) と呼ばれる。事実上の支配は、たいていは、意識的で意図された支配であるだろう。その結果、占有者 (Besitzer) と所持者 (Inhaber) との相違は、意思の方向のなかに横たわっている<sup>(3)</sup>。

〈所持の意思〉

所持の意思も、所持に属するかどうかという問題、そして、物を自由に処理できる、単に状態にかんする可能性は、法律上、考慮されないかどうかという問題は、占有にかんする法諸規範のためには、重要でない。以上の問題は、所持を基礎として、占有の保護を与えて、所持の侵害を禁止する法諸規範のためには、重要性を増す。現在の箇所、所持が、物にたいする事実上の支配として、たしかに、占有の事実の要素としてだけ定義されることによって、以上の定義をつうじて、同時に、占有の保護にかんする諸規範の前提条件が規定される。したがって、所持は、意識的であって意図された事実上の支配とだけ理解されなければならない、かどうかは、人は、どの程度、占有の保護とともに行こうとするつもりかどうか、による。ある物が、ある人の勢力

範囲に入り、その者の住居に持ち込まれ、設置された郵便受けへ突っ込まれ、または落とし穴へ陥ったときは、人は、多くの場合、事実上の支配の獲得へ向けられた意図を想定できるだろう。人は、以上のような場合は、必要とされた所持の意思の想定のために、目的を達成していることについて知ることをも必要と見なさないだろう。しかし、なんといっても、つぎのような若干の場合が残っている。すなわち、所持の意思の存在が、以上の要件を、厳格でなく理解したばあいでも、想定されえない場合、そして、やはり、人の勢力範囲から物を奪うことが、占有の訴えを基礎づける行為でなければならない場合、である。さらに、人は、子供の所持または精神異常者の所持を、まったく保護のないままにしておかないために、意思能力を、占有意思と法律行為上の意思（六四条）を考慮して理解されるのとは、何か異なることと、所持の意思を考慮して理解しなければならぬだろう。それゆえ、所持の意思を置くことという要件を、苦難を避けるために雲散霧消させること、そして、ほとんどまったく元どおり放棄することよりも、所持の意思を置くことが、まったく度外視されうることが、より良い。そのさい、やはり、占有の保護のあらゆる場合に、所持の意思が見つけ出されうるという証明は、依然として、学説に禁じられていない。<sup>(4)</sup>

#### 〈動産のばあいの所持と不動産のばあいの所持との区別〉

事情におうじて、動産のばあい、そして、土地のばあい、所持の形成の、より詳細な規定は、度外視された。この種の諸規定は、所持の場合の形態の多様性のさい、断片の性質であって、裁判官の事実の評価を有害に制限する危険にさらされているに違いないだろう。動産のばあい、そして、土地のばあい、所持の形成の相違は認められうるけれども、厳密な境界線は引かれえない。というのは、重い動産が問題となるときは、不法占有は、土地のばあいと類似の形成を帯びるからである。保管され、それから保管されている動産のばあいは、事

実上の支配は、開始において、そして、継続において、かなり同じ状態である。これに対して、確実な場所には納められず、物がある所で、人が残しておかなければならない物が問題となるやいなや、事実上の支配の継続は、支配の開始とは、外面上、異なつて形成されている。そして、以上の相違は、土地の所持を越えて、動産の運送の困難が増す程度に依じて、動産の所持にも及ぶ。——七九七条のなかで、占有譲渡の要件と呼ばれる所持は、まず第一に、自己の所持である。他人の所持が、その効果の点で、どの程度、自己の所持と同等にされうるかは、八〇一条によつて規定される。<sup>(5)</sup>

〈b 占有意思〉

2. たぶん獲得することを知らないうちでの、ただ所持だけの獲得は、所有権の諸規定の適用だけを考えれば、何かある意義はありえない。占有取得のためには、事実上の支配の獲得が、意識して意図された行為によつて生ずることが、事実また、一般に必要とされる。占有にかんする諸規定は、所有権の諸規定に奉仕する。したがつて、意思の内容は、占有取得者の人格のなかで、所有権の想定に対応しなければならぬ。そのばあい、人が、意思の方向を、所有権に関係づけられている、所有権者の意思をもつて (*animus domini*)、と見なすつもりであるときは、かならずしも適切ではないだろう。というのは、権利ではなく、権利に対応する、物にたいする人の地位、彼の財産として物をもつこと、が切に望まれたことであり、手に入れようと努力されたことであるから、である。(ブロイセン普通法I七、三条「自己のために、自ら物を自由に処理できる意図」。  
ザクセン法典「自己のために、所有権を行使する、物についての意思」オーストリア民法三〇九条「物を彼の財産として手もとに留めておく意思」。バイエルン草案III「物を、所有者のように、自己のために持つ意思」。ヘッセン草案II 2 一条「物を、彼の財産として手もとに留めておく意思」。その他の点では、意識して

いて、意図された事実上の支配が存在するときは、物を、自己のものであるとして物をもつことへの意思の方向は、とくに証明される必要はなく、反対のことを示す特別な事情がない場合は、以上の意思の方向は、是認されうる。さらに、占有の取得者が、その者の所有権を信じることに、所有者の確信 (*opinio dominii*) は、必要ない。事実また、土地が、土地所有権の物権的合意なしに、伝承されるときは、占有が発生して、適当な時期に、八七三条によって、公示催告が、これまでの所有者の除外の目的で、行われうる。

内心の意思は無視される。したがって、意思は、外見上、占有取得の行為のなかで、明るみに出たのでなければならぬ。意思の表示は、法律行為上の意思表示ではない。なぜならば、意思と行為の法律上の諸効果は、占有取得のばあいには、離婚権のある配偶者の許し、裁判外の自白、一六九条の承認等々のばあいと同様に、意思が、法律上の諸効果をひき起こすことに向けられているかどうかの事情には関係ないからである。占有取得の意思は、たしかに、取得することの意思の、特定の物への方向を前提とする。だがしかし、以上の要件の影響範囲の規定は、とくに現状のままの所持の獲得のばあい、事件または質疑応答欄の機能をつうじて、学説と判例に委ねられなければならないだろう。(中略) 占有意思の規定の仕方は、たぶん、事実上の支配の獲得のあとに続くことができる。以上のような場合、今までの所持者、のちの占有者は、以前の占有者の代理人であることが通常であった。というのは、代理人(中略)として行為する意思も、占有意思も欠けている所持は、ほとんど起こりえないからである。——簡易の引渡しと八一三条二項という——以上のような場合に、どのように、占有が取得されるかは、後に、なお審議されなければならない。事実上の支配の獲得の、時間上、崩壊することの可能性への、法律のなかでの指摘と、占有意思の考え方は必要ないだろう。<sup>(6)</sup>

〈法律行為にかんする諸規定の適用〉

占有取得の行為は、草案の総則の意味での法律行為ではない。しかし、占有取得の行為は、法的行為だろう。草案は、法律行為にかんする諸規定の、法的行為への類推適用を規定する一般的な規定も作り出さないし、当面の特殊な場合にそなえた、以上のような規定は、適切でない。だがしかし、以上のような類推適用は、除外されず、それどころか、通常は、簡単に諸欠缺が生じるだろうので、前提とされる。占有取得の行為（引渡し**の**ばあいを除外して）は、特定人にたいしては行われない、一方的な法的行為である。それゆえ、人は、占有取得の行為を、対応する法律行為に調和させなければならないだろう。以上のことをつうじて、適用可能な諸規定の数は、たいへん限られたものになる。そして、適用可能な諸規定の数は、意思の教義に由来する諸規定が、意思の瑕疵にかんして、何らかの方向へも、ほとんど適合しないことによって、依然としてまだ限られる<sup>17)</sup>。

占有の可能性

〈占有は、所有権が可能であるかぎり、可能である〉

占有が可能である範囲の確定のばあい、占有の、自然の不能と法的な不能が考慮される。前者は、所持の可能性に依存する。いつ、所持が是認されうるか、という事実問題は、前の諸条項についての注によって、個々の事件のなかでの裁判官による判断に空けておかれている。それゆえ、裁判官は、所持の対象になるためには、どの程度まで、気体または水が捕えられていなければならないか、境界をつけられて考えられた物体の、他の物体との凝集が、全体にたいする支配のない、部分にたいする事実上の支配の是認を、どの程度まで妨げているか、（中略）を考量しなければならない。

所持の可能性をとまなう、占有の法律上の不能は、実定上の諸規定の結果として生じる。占有は、所有権に

関連する一定の法諸規範の前提として、意義をもつだけである。それゆえに、占有の意義の一つ一つすべては減少する。したがって、所有権の可能性が実定上の法規範をつうじて不可能であるかぎり、占有は、法律上、否定されなければならない。七九八条一項は、占有の可能性と所有権の可能性は一致するという、以上の原則を、まず最初に述べる。取引外に絶対的に規定することは、事実また、地方特別法上、おそらくけつして生じないだろう。それゆえ、ある物そのものの占有が不可能であるという場合は、実際また生じないだろう（中略）。原則が、占有の実務上の主な適用を受けるのは、不融通物、というごく自然に思いつく場合ではなく、たしかに、物の所有権は可能であるが、しかし、ある物の根本的な諸要素の、いくつかの所有権は可能でない、という、より遠く横たわっているゆえに、二項のなかで特別に強調された場合、である。——実定法上の占有不能は、結果として、法律上の所持の不能にはならず、そして、所持者の占有の訴えの除外にはならない。というのは、以上の訴えは、所有権の利益を前提とせず、以上のような利益に、間接的にだけ奉仕し、そして、まず第一に、物にたいする事実上の支配の強暴な変更とだけ戦うつもりであるから、である。<sup>(8)</sup>

### 行為無能力者または制限的行為能力者の占有取得

法的行為としての占有取得の行為は、法律行為にかんするあらゆる諸規定に絶対に拠らねばならない、というわけではない。とはいえ、やはり、自然人による占有取得のばあいには、法律上、有効な意思の表示の能力だけを考えれば、発育の不足または精神病の影響をうけていない正常な精神状態が求められなければならない。すなわち、占有意思の表示の能力ないしは無能力を、法律行為上の意思表示の能力または無能力がむすびつけられている諸要件と、異なる諸要件にむすびつける理由、は存在しない。その結果、六五条二項によって、制限的行為能力者は、自己の諸行為をつうじて、占有取得ができるようになる。なぜならば、以上の者らの取得



だけが問題だから、である。草案は、事実また、現行法に合致する（プロイセン普通法Ⅰ7四四条、ザクセン法典一九三条、オーストリア法典三一〇条、バイエルン草案Ⅲ7、ヘッセン草案Ⅱ2二条<sup>(9)</sup>）

〈行為無能力者の所持の可能性〉

子供と精神異常者は、所持の、法律上、保護された状態を、自己の諸行為をつうじて引きおこしうる。なぜならば、以上の状態を引きおこすためには、法律上、意味のある意思の表示は必要ないから、である。それにもかかわらず、所持のさい、意思の表示または非表示が考慮されるばあい、つまり、禁じられた私力が、所持者の意思なしに行なわれた問題のばあい、人は、法定代理人の人格を重要視しなければならぬだろう。所持の譲与と捕捉が、動産にたいする用益権と担保権の基礎づけの、法律行為上の諸要件にされているときは、人は、法律行為上の要件が満たされることによつて——所持の状態が引きおこされることによつてではなく——、所有権の取得に必要な占有引渡し<sup>(10)</sup>のばあいと同じ程度で、取得者のなかの行為能力の存在、を要求するだろう。なぜならば、以上のようないから、法律行為上の意思の表示と、占有の意思の表示ないし所持の意思の表示は、お互いから、分離されえないから、である。——自己の諸行為による占有取得にたいする法人の無能力は、ここでは考えられる必要はない。なぜならば、以上のような人の自己の諸行為は、どこでも問題にならないから、である。

## 二 第二委員会の議事録

I 以下のことが提議された。つまり 1. 七九七条を、つぎの諸規定に替えること。つまり

七九七条「ある物の占有は、取得者が、その者の支配のなかで、その物をもつ意思をもつときは、その物にたいする事実上の支配の獲得をつうじて、取得される。」

前占有者と取得者の意思の合致は、取得者が、その物にたいする支配を行なうことが、事実上、可能な状況にあるときは、取得だけを考えれば、十分である。」

七九七a条「ある者が、ある物にたいする事実上の支配を、ある他人のために、その者の家事もしくは生業のなかで、または、ある者が、その物にかんする、その他人の指示を承諾しなければならない類似の関係のなかで、行なうときは、後者（その他人）だけが、占有者である。」

2. a 七九七条（提案1）について、一項を、以下のように決議すること。

つまり、「ある物の占有は、所持の獲得をつうじて取得される。」

二項（草案の八〇三条二項）を採択しないこと。すなわち

b 七九七a条（提案1）について、つまり「ある者が、ある他人のために、ある物の所持を取得する・・・」

3. 提案2aの否決の場合にそなえて、七九七条一項（提案1）のなかで、結びの文言（「・・・もつときは、」）を削除すること。

A 提案1と提案2の根底に一致してあったのは、つぎの見解である。すなわち、法律の明確さのためには、本章の諸規定を、占有保護の要件としての占有に限定すること、それに対して、とくに所有権にかんする他の法諸規範の要件としての占有に該当する諸規定を、少なくとも、まず第一に排除することが得策である、という見解である。諸提案の以上の基本見解は、草案によって「占有」と呼ばれた関係にかんする諸規定は、まったく必要ないか否か、という問題の後の審査を留保して、異議なく是認された。

B さらに、諸提案は、専門用語上、つぎの点で、草案と相違した。すなわち、以上の諸提案は、人の物にたいする、占有上、保護されたすべての関係を「占有」と呼ぶことを提議した点、である。事実また、以上の提議は、批評のなかで主張された諸理由から、各方面から賛成してもらえた。

C その他の点では、審議は、諸提案、1 a、2 aおよび3のなかで、七九七条一項として提議された諸規定に限られた。以上の諸提案のうちで、提案1 aは、占有の取得（Bについて示された、より広い意味での）のために、その物を支配のなかでもつ意思をとまなう、その物にたいする事実上の支配の獲得を求めた。提案3は、事実上の支配の獲得だけを求めた。提案2 aは、所持の獲得を求めた。委員会は、提案2 aを否決したのにたいして、提案3のなかで提議された変更をとまなう提案1 aを採択した。――草案は、草案によって「占有」と呼ばれた関係の取得と喪失だけを規整するのにたいして、草案が占有保護を結びつける関係、「所持」の取得と喪失にかんしては、規定しない。以上のことに反して、諸提案のあいだでは、同意見が存続していた。そして、委員会のなかでは、以下のことにかんして、意見が一致していた。すなわち、以上の箇所で、占有保護の規整に限るときは、今や「占有」と呼ばれた、占有上、保護された関係の発生と終了にかんする諸規定を取り入れるのが得策であること、である。人々は、草案と原則的に一致して、つぎのことから出発した。すなわち、占有保護は、人の、物にたいする外的な支配の關係に結びつけられなければならない、ただし、以上の原則が制限を必要とするかどうか、そして、必要とするのであれば、どの範囲までか、の後の吟味を留保して、である（中略）。占有の取得（今、想定された意味での）について、あらゆる諸提案は、人の物にたいする外的な、ある一定の關係の成立を求めた。すなわち、提案1と提案3は、以上の關係を、草案とともに「物にたいする事実上の支配」と呼び、提案2は、「所持」と呼んだ。提案1は、占有取得のための追加的な要件として、事実上の支配の獲得へ向けられた意思を置くのに反し、提案2と提案3は、以上の要件

について、沈黙していた。

委員会の決議のためには、つぎの諸考量が決定的だった。つまり、占有取得をするのに必要な、物にたいする外的関係の名称にかんしては、草案のなかで選択された表現「事実上の支配」は、そのほかに提案されたあらゆる文言よりも、とくに、提案2のなかで勧められた文言「所持」よりも、優越に値する。2にたいする提案者は、以下のことから出発する。すなわち、「事実上の支配」という表現は、たしかに、多くの関係に当てはまる。しかし、その関係が占有の保護を受けているのでなければならぬという、疑念が、事実上、存続していない、あらゆる関係に、「事実上の支配」という表現が当てはまるわけではない。あの表現が、学問のなかで、一般に、ふつう用いられていることが認められなければならないときは、あの表現の不精確は、あの表現が、多数の個々の諸規定をつうじて、特定の関係にかんして説明されて是正されることをつうじて、ここでは、無害にされる。事実上の支配の獲得が、一般に、法律をつうじて、占有取得の要件として置かれるときは、状況は、異なった事態になる。すなわち、以上のことをつうじて、法律の、あまりにも文字どおりの適用のさいは、かなりの数の関係に、占有保護が、不当にも拒否される、という危険が生じる。「所持」という文言は、その意味によれば、はるかに、より不確かで、それゆえ、より危なくないというように、優越している。なんといつても、「所持」という文言は、普通法上の学問をつうじて、そして、とくに草案自体をつうじて、所持(Detention)というローマの概念の名称として、一般に、よく知られるようになって、分かりやすくなった。——それにもかかわらず、以上の詳論は、適切とは思われない。「所持」という文言をもって、ここで問題になっている関係は、けっして、さらに詳しく特徴を示されない。まさしく、「事実上の支配」という表現の適切さが疑われうる場合は、たとえば、遠く隔たつて位置している土地にたいする占有のさいは、「所持」という表現は、たしかに適さない。提案2と比べると、「占有」という概念を、より詳しい説明なしに、よく知ら

れているとして前提とすることは、よしとして選ばれうるだろう。けれども、以上のことは、以上の文言の多義（曖昧）のばあい、適当ではない。「事実上の支配」という表現は、法律の、分かりやすい適用のさいは、疑わしい裁判判断のための、けっかけを与えないだろう。以上の表現が、同時に示すことは、占有者は、その者の勢力範囲から、第三者を除外できるという、占有の本質にかんして特徴を示す要素、である。占有取得のためには、事実上の支配の獲得が必要である、ということとは、あらゆる場合に、正しいと分かるだろう。それから、取引のなかで支配的な見解によれば、占有を、存続していると見なすためには、占有された物にたいする、人の事実関係で足りるかどうかが、評価されなければならない。イエーリングの提案による、物の経済上の使用の目的をつうじて必要な、人の物にたいする関係の成立よりも、事実上の支配の獲得、を要件として置くことが、いずれにせよ、より正しい。以上の関係の存続は、占有の現存のための、ただ一つの識別基準ではないとしても、一つの識別基準である。しかし、以上の関係の成立は、占有の取得のためには、かなり多数の場合、必要でないし、かなり多数の場合、十分でない。ベッカー（占有権の改革について 七七頁）によって選択された「保持（Gewahrsam）」も、採択のためには望ましくない。なぜならば、以上の表現は、動産にだけ適し、土地には適さないから、である。批判のなかで、草案の表現の仕方は、何度も何度も、賛成された。

つぎに、占有取得の要件、事実上の支配の獲得へ向けられた取得者の意思、が法律のなかに置かれなければならないかどうか、という問にたいしては、否（ノー）と答えられなければならない。あの要件を置く提案１にとつて有利な結果になるように、つぎのことが主張された。つまり、事実上の支配の獲得は、人が、以上の要件を正しく解するときは、以上のことへ向けられた意思なしには、可能ではない。以上のことは、土地に当てはまるだけでなく、動産にも当てはまる。ただし、所持の意思という要件は、必要な意思は、外的な関係の成立の時点で、つねに存在していなければならない、というように理解されてはならない。それどころか、あ

る者の、外的な特定の挙行によつて限られた勢力範囲に、事実上、入った、すべての物にたいする占有を取得するためには、以上の勢力範囲に入った、あらゆる物を、その者の事実上の支配のなかで受け取る、その者の意思で足りる。たとえば、手紙の受け入れのために取り付けられた郵便受けに入った手紙にかんしてである。意思は、外的関係の成立の、あとにも続きうる。そのあとで、理由書八一頁のなかで、所持の意思という要件にたいして唱えられた異議、すなわち、子供または精神異常者の所持は保護がないだろうという異議は、特別規定だけを考えれば、必要が存続しているばあい、以上のような規定の採用のためだけの、きつかけを与えうる。けれども、以上のことは、当てはまらない。というのは、不動産にかんしては、あの者らに、占有取得を可能ならしめることは、疑わしく、動産にかんしては、あの者らの保護のためには、不法行為にもとづく、事情によつては可能な請求権で十分だから、である。人が、占有取得のために、事実上の支配の獲得だけを要求するときは、まるで、占有保護は、外的な空間関係に結びつけられなければならない、かのような誤解が恐れられなければならない。以上のことは、占有保護の真の理由によつて、矛盾しているだろう。意思のない占有の保護は、事実また、現行法、とくに普通法、プロイセン法には、未知である。しかし、事実上の支配の獲得へ向けられた意思の存在を、法律のなかで、占有取得の要件として置くことが得策ではないことは、堅く守られなければならない。以上のように置くことは、事情により、事実上の支配の成立が、以上のことへ向けられた意思なしには可能ではない、たくさんの場合には、必要ない。これに対して、以上のように置くことは、占有の保護を獲得しなければならない者の取得の意思が、恣意的な想定と擬制によつてだけ構成されなければならない場合については、疑わしい。こうして、たとえば、ある人のものと決められている物が、その者のいない所で、その者の住居のなかへ保管される場合。以上の種類の場合が、どのように把握されなければならないか、このばあい、占有取得は、意思なしに存在するかどうか、または、物について、他人にたいし、決定を与える

者の意思は、他人に占有保護を得させるのに足りるかどうか、という問題は、学問のなかで、まだ徹底的に争いがある。事実また、現行法の立場から、一部の人たちから、意思のない所持も、占有上、保護されている、このように、プロイセン法にかんして、デルンブルヒによって（中略）、という見解が主張される。法律が、意思の要件を置くときは、学問と実務が、物が、ある者のものと決められている、その者のばあい、取得の意思の存在を否定することに至る、上述で、輪郭だけを示されたばあい、物にたいして、保護された占有関係が、まったく存続していない、という困った結果が生じる。人たちの物にたいする関係の、事実上の外的な秩序の維持をつうじて、法の平和を守る、という占有保護の基本思想と一致できないだろう、一つの結果である。意思の要件から生じる無能力もまた、法律上、意思無能力者らにとつては、占有取得については、危険がないわけではない。実際また、以下のことが考慮される。すなわち、あの要件を置くことは、事実上、基礎づけられた占有請求権が実現できないだろう、意思の証拠を要求するように、裁判官を、そそのかしうること、である。<sup>11)</sup>

（中略）

〈引渡し（法律八五四条二項）〉

（中略）

これに対して、二項の削除は、否決された。というのは、二項は、土地にたいする占有取得だけを考えれば、たいへん重要であり、それゆえに、なしでは済まされえず、しかしまた他方、二項は動産だけを考えれば、正しいと分かるからである。反対意見に賛成して、持ち出された法律事件は、他の諸視点から、決定さなければならぬ。<sup>12)</sup>

（中略）

〈行為無能力者の占有取得〉

Ⅱ 八〇〇条について、つぎのことが述べられた。つまり、一項は、削除されなければならない。なぜならば、委員会は、七九七条について、占有意思に言及しないことを決議したからである。二項は、自明である。後者にたいして、異議は生じなかった。前者について、つぎのことが述べられた。つまり、多数が、七九七条のなかの占有意思を削除することに決めたときは、以上のことは、占有意思を完全に否定するつもりで行なわれたのではなく、ただ、つぎの理由からである。すなわち、占有意思の言及は誤解に至りうるからであり、占有意思は、個々の場合に、存在している必要がないからである。それゆえ、一般に、八〇〇条一項の規定は、七九七条の意味での占有へ適用されえない。しかし、八〇〇条一項の規定が正しいかぎり、以上の規定は、自明である<sup>13</sup>と見なされうるだろう。——そのあと、八〇〇条の削除が、満場一致で決議された。

三 覚え書き

I 占有

占有に捧げられた章は、物保護に限られて、以上のばあい、主に、占有保護だけを規整する。草案の諸規定は、占有保護は、物にたいする人の外的な支配の関係の維持をつうじて、法の仲間を守るように決められている、という見解に基づく。草案が、以上の保護を与えることによつて、占有が、物権の法律関係にもとづくか、または、債権債務にかんする法律関係にもとづくかの区別なしに、占有者は、物を、その者のものであるとして占有するか、または、そうでないかの区別なしに、近代の法の発展に従う（中略）。

八三八条一項によれば、ある物の占有は、その物にたいする事実上の支配の獲得をつうじて、取得される。



以上の支配が獲得されているかどうかは、個々の場合の事情によって定まる。獲得へ向けられた取得者の意思を、草案は要求しない。というのは、ある物が、ある人の外的な勢力範囲のなかで、取得の意思が想定されないにもかかわらず、占有保護の必要が存続している、という事情のもとで、獲得されている、というような場合が顧慮されなければならないから、である。以上のことが、とくに当てはまるのは、さもないければ、法律上、保護された占有の取得について、まったく無能力であった、意思無能力者（子供、精神病者）について、である。（占有）取得者が、その物にたいする支配を及ぼすことが可能な状況にあるときは、占有取得のためには、前占有者と取得者の合意で足りる、という八三八条二項の、説明する規定は、この規定が、とくに土地の占有の取得にかんしてもつ、実務上の重要性を理由として、取り入れられた。

占有と占有保護は、物にたいする事実上の支配をもつ者の人格のなかに基礎づけられている、という原則は、以下の場合を顧慮して、制限を必要とする。すなわち、ある者が、ある他人のために、その者の家政もしくは生業のなかで、または、その物にかんする、その他の人の諸指示を承諾することを、ある者に義務づける、類似の関係のなかで、支配を及ぼす場合、である。以上の種類の場合に、他人のために物にたいする事実上の支配を及ぼす者に、占有保護を与えることは、生活関係に対応しないだろう。それゆえ、八三九条は、示された場合には、後者だけが物の占有者であることを規定する。<sup>14)</sup>

## むすび

第二委員会の議事録のなかで、つぎのことが述べられた。『事実上の支配』という表現は、法律の、分かりやすい適用のさいは、疑わしい裁判判断のための、けっかけを与えないだろう。以上の表現が、同時に示すこ

とは、占有者は、その者の勢力範囲から、第三者を除外できるという、占有の本質にかんして特徴を示す要素である。占有取得のためには、事実上の支配の獲得が必要である、ということは、あらゆる場合に、正しいと分かるだろう。」以上のように、「事実上の支配」という文言は、「所持」という文言よりも優越に値すると、された。

さらに、第二委員会の議事録のなかで、つぎのことが述べられた。「所持の意思という要件にたいして唱えられた異議、すなわち、子供または精神異常者の所持は保護がないだろうという異議は、特別規定だけを考えれば、必要が存続しているばあい、以上のような規定の採用のためだけの、きつかけを与えうる。けれども、以上のことは、当てはまらない。というのは、不動産にかんしては、あの者らに、占有取得を可能ならしめることは、疑わしく、動産にかんしては、あの者らの保護のためには、不法行為にもとづく、事情によつては可能な請求権で十分だから、である。」以上のように、所持の意思は、前提とされているように見受けられる。ドイツ民法典の占有規定の成立過程を見るかぎり、「事実上の支配」であれ、「所持」であれ、占有者の意思は、当然ふくまれている、と見られる。

## 注

- (1) 「債務関係の法的構造—サヴィニーの学説とBGB二四一条の成立過程—」流経法学三巻一号、一頁以下。二〇〇三年一〇月。「ドイツ民法典における所有権規定の成立過程—BGB九〇三条について—」流経法学三巻二号、一頁以下。二〇〇四年三月。
- (2) Benno Mugdan, Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für Das Deutsche Reich, Band 3, Sachenrecht. S. 44.

(14) (13) (12) (11) (10) (9) (8) (7) (6) (5) (4) (3)

以下、表題に〈 〉を付けた箇所は、原典の欄外表記を表す。

Mugdan, aao, S. 44.  
Mugdan, aao, S. 44f.  
Mugdan, aao, S. 45.  
Mugdan, aao, S. 45.  
Mugdan, aao, S. 46.  
Mugdan, aao, S. 46.  
Mugdan, aao, S. 47.  
Mugdan, aao, S. 47.  
Mugdan, aao, S. 501ff.  
Mugdan, aao, S. 503.  
Mugdan, aao, S. 505.  
Mugdan, aao, S. 962.

二〇〇六年一〇月三日